

朱曾杰文集

朱曾杰/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

朱曾杰文集

朱曾杰/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

朱曾杰文集/朱曾杰著. —北京:法律出版社,
2008.3

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8242 - 1

I. 朱… II. 朱… III. 海商法—中国—文集
IV. D922.294 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 025052 号

©法律出版社·中国

责任编辑/林 喆

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/14.75 字数/463 千

版本/2008 年 3 月第 1 版

印次/2008 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆分公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995 苏州公司/0512 - 65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8242 - 1

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

自序

自 1943 年 11 月进入重庆招商局,我开始了漫长的航运生涯。1949 年 5 月上海解放,我全身心地投入新中国的海运商务管理工作。1973 年进入中远,开始从事国际航运管理和法规工作,从翻译联合国贸易和发展会议航运委员会国际会议文件,特别是班轮公会行动守则公约文件和集装箱安全公约文件着手,涉猎国际航运政策和海商法律问题。改革开放的年代,我以花甲之年再一次焕发青春活力,不知疲倦地奔波在国内外航运政策和海商法规论坛。1981 年就任中华人民共和国海商法起草委员会办公室副主任,负责组织、协调、起草海商法,一面自学法学基础知识,一面参与、出席联合国贸发会议、国际海事组织和亚太经社理事会的航运政策和法规会议,协调各国航运政策,制定国际航运公约。同时在国际航运研讨会上发言、发表论文、讲授国际海商法规特别是货运代理和多式联运法规,在国内组织普及国际海运法规的讲座、培训班、研讨会。对于我们这些近三十年来共同苦战过来的朋友,可以告慰的是,我们亲眼看到一代中国海商法领域的各方人才伴随着《海商法》的制定和国际、国内海商法规的普及、实践、探讨、评议的发展而茁壮成长。

到了晚年,特别是通过大连海事大学、上海海事大学关于修改中国《海商法》的课题评述和多次审议联合国国际贸易法委员会正在制定的统一国际海上货物运输公约草案,我深感实践对海事法规的决定作用。就海事法制的改革和完善而言,一点也不能背离海上货运业务实践和海事司法实践,是在我国海事法制建设中融合科学发展观的充分体现。因此,我在 2005 年世界法律大会上海会议上首次发表关于实践

与海事立法关系的演讲,后来又在两岸三地国际海商法律研讨会上提交了该论文,希望能在垂暮之年有所发展与认知。

本文集收选的文章、讲话都是从祖国改革开放或我接近花甲之年开始的,是一些从实践中对海事法规理解的认知,其中我比较喜欢的是广州海事法院编辑的《海事审判》杂志上的信箱。信箱内容涉及的都是当年的热门话题。有些文章看起来已经过时,但由于它们记载了我当时的思路和理解,作为思想轨迹也保留下来。

第六部分是用英语写的,有的是在会议上的发言,有的是在国际研讨会上提交的论文,迄今无中文本;以后又在国内发表了中文本的英文稿也未录选。

2006年,中国政法大学海商法研究中心张丽英教授指派了李茜、章晓卉两位硕士研究生协助我收集、整理近三十年来发表的论文、发言、授课、电视讲话等文稿,刊登在报纸、杂志上的文章、评述,以及“朱曾杰信箱”答疑,编排、校核、打印成电子版,为本文集的出版提供了可能。可以说,没有中国政法大学海商法研究中心的大力支持和李、章两位同学的辛勤劳动,出版这本文集是不可想象的。

还应当归功于三十年来风雨同舟的吴焕宁教授,她对文集的问世关怀备至,亲自为文集的编辑和出版事宜操劳,对此,我不敢言谢,谨志于此。

目 录

第一部分 关于《中华人民共和国海商法》的起草和制定

初论实践与海事立法的关系 / 003

《海商法》实施十年后的评估 / 018

回忆人大常委会审议《海商法》的二三事 / 024

《中华人民共和国海商法》电视讲话 / 026

《中华人民共和国海商法》的特点评述 / 037

中国远洋运输和多式联运法规授课讲稿 / 044

关于《海商法》起草情况的讲话 / 064

第二部分 关于《中华人民共和国海商法》有关章节条款的理解和适用

关于《中华人民共和国海商法》适用于沿海货物运输的问题 / 085

多式联运经营人的责任制度 / 091

《中华人民共和国合同法》第十七章的运输合同 / 102

论海上货物运输的混合责任制度 / 108

论中国海商法中有关租船合同的规定 / 118

第三部分 关于海商法规的业务司法实践

关于商务部《国际货物运输代理业管理规定实施细则》修改草案的
评估和建议 / 127

论无船承运人 / 132

- 关于“普罗斯克”轮货损赔偿金额计算办法的法律意见书 / 136
- 关于收货人与货物收受人法律含义的区别 / 139
- 关于海运承运人交付货物问题的法律意见书 / 141
- 关于鞍钢公司与富春航运公司之间争议的法律意见书 / 143
- 关于货物预约保险的法律意见书 / 150
- 关于《中华人民共和国海商法》第二百五十七条规定中的追偿时效问题法律意见书 / 154
- 关于建立海上旅客运输承运人强制保险机制的建议 / 159
- 关于《沿海、内河船舶保险条款》第 17 条规定的法律意见书 / 162
- 关于扣押船舶的海事请求权的优先受偿问题的法律意见书 / 168
- 关于“洛克”轮的法律意见 / 171
- 朱曾杰信箱 / 175

第四部分 关于国际国内海商法律法规的评述

- 《汉堡规则》的制定和发展 / 271
- 关于《全程或部分海上货物运输国际公约》草案中的若干问题 / 280
- 关于国际海运反恐的若干问题 / 298
- 21 世纪国际海运法规的若干动向 / 304
- 论海上货物运输法的国际统一 / 309
- 令人遗憾的美国航运法案 / 318
- 关于对 1952 年扣船公约的修改问题 / 323
- 关于我国国际航运的法规体系和管理体制 / 329
- 关于《班轮公会行动守则公约》的第一届审查会议 / 335
- 试论国际海事立法的统一活动 / 339
- 《海上优先请求权和抵押权的国际公约草案》的形成及其特点 / 347
- 关于近年来国际海商法规的若干动向 / 355

第五部分 其 他

- 为孟于群《国际海上货物运输法律与实务》所作的序 / 381

《联合国贸发会议 2004 年海上运输回顾》的启示 / 383

从打造航运强国所联想起的 / 395

论国际贸易价格条款策略问题——出口货物 FOB / 397

第六部分 英文本或英译文本

International Uniformity of the Law of the Carriage of Goods
by Sea / 407

The Maritime Code of the People's Republic of China / 419

The Development of China's Ocean Shipping / 440

China's Expanding Foreign Trade and Shipping Requirements / 453

编后语 / 463

第一部分 关于《中华人民共和国海商法》 的起草和制定

初论实践与海事立法的关系

海事立法的沿革和发展历史,扎根于海事实践。从公元前9世纪的罗地海法到中世纪的奥列隆法、康索拉度海法、维斯比海法,都是从航海贸易和海事判例编纂而成的习惯法,他们从海事实践形成海事习惯做法,为当时海域商人所实践和遵守,并汇集成海事惯例和判例集的通行海法。随着航海贸易的发展,上述以城市经济为基础的海事判例习惯法,发展成国家统一法典,其中最著名的是1681年的法国路易十四颁布的《海事条例》。以后各经济发达国家相继以海事实践为基础制定了国家海事法规。资本主义生产的发展,特别是工业革命与蒸汽机铁壳船的广泛使用,航海贸易进一步国际化,迫切呼唤海事法律的国际统一。国际海上货物运输法的国际统一以1924年《海牙规则》的制定而形成。之后,随着海运科学技术的迅速发展和国际海上贸易的不断扩张,修订《海牙规则》的1968年《维斯比规则》于1978年生效,1978年《汉堡规则》则于1992年生效,而中国《海商法》与北欧四国《海上货物运输法》又采用了承运人混合责任制度,国际海上货物运输法的国际统一又遇到了重大挑战。新一轮的国际统一活动正在联合国国际贸易法委员会主持下进行。

纵观国际海事立法的发展历史,海事实践是基础。上海海事大学胡正良教授在《国际海事货物运输法律的现状与发展趋势》一文中对海上运输法的实践品格的论述,可以引来作为本文的出发点——“国际海上货物运输法律具有很强的实践品格,在很大程度上是海上货物运输习惯做法的条文化和法律化。海商法的演变证明:反映海上货物运输习惯做法的法律才具有广泛的实施基础和较强的生命力”。

毛泽东同志的伟大哲学著作——《实践论》，是马克思辩证唯物主义的科学认识论。它是创建中华人民共和国、开展社会主义改造、改革开放、建设社会主义市场经济、营造小康社会方面的重要思想武器。回顾上一世纪70年代推翻“四人帮”的黑暗统治以后，在中国大地开展的一场针对“两个凡是”的大辩论和确认“实践是检验真理的唯一标准”的科学认识论的发展与胜利，奠定了中国的伟大改革开放和发展社会主义市场经济及社会主义法制经济的基础，而最终使中国和平崛起。

从上一世纪80年代开始的法制建设，特别是我国加入WTO以来的法制建设，都以中国国情和实践为基础，做出了可喜的成绩，基本实现了与经济发展相适应的社会主义市场经济建设要求。据《人民日报》报道，全国人大常委会委员长吴邦国在第十届全国人大常委会第十一次会议2004年8月23日分组审议《传染病防治法》修订草案时指出，传染病防治法的制定和修改，再次给我们一个重要启示：实践是法律的母亲，是我们制定和修改法律的基础。离开了实践，法律就会成为无源之水、无本之木。在总结实践经验基础上制定和修改的法律，才更有针对性和可操作性，才有强大的生命力。上述重要讲话是将“实践是检验真理的唯一标准”这一科学认识论运用到法律的制定和修订工作的典范。吴邦国委员长对实践与立法关系的精辟论述将正确指导我国的立法工作，也是所有海事法律工作者必须认真学习和身体力行的。

就海事法律而言，特别是作为海事法律的中心——海上货物运输法而言，实践主要是指海上货物运输业务实践和海事司法实践，他们的实践，包括立法前瞻性的预期实践，是制定和修订海事立法的基础。脱离了这一基础，或无视或忽视这一基础，国际公约或者国内立法都会遇到挫折或失误。

可以列举很多事例阐述这一问题。《联合国国际货物多式联运公约》制定25年来迄未生效，多式联运经营人普遍实施的网状责任制（Network Liability System）而不是公约规定的统一责任制，就是很有说服力的证明。我参与了1980年联合国多式联运公约的制定。当时在

联合国贸易和发展会议(UNCTAD)占多数优势地位的发展中国家反对海运业界当时实施的多式联运经营人的网状责任制,认为多式联运经营人按责任发生运输区段所强制实施的国际公约或国内法规定的责任制度是事先不明确的,而且责任区段是由多式联营人确定的,如果责任区段无法确定,即出现所谓的隐蔽损失(concealed damage),按海运区段的责任制度和限额也会使索赔人(货方)处于不利地位。他们还担心,航运发达国家的集装箱班轮公司通过这种网状责任制,垄断集装箱多式联运业务,控制发展中国家的内陆运输。因此坚持要求国际货物多式联运公约中多式联运经营人的责任制度应实施统一责任制,即不论货损发生在多式联运全程的哪一区段,多式联运经营人都应按公约规定的统一责任制承担赔偿责任,只有在货损发生区段适用的国际公约或国内法所规定的赔偿责任限额超过多式联运公约规定时,才适用上述较高的限额。

但是,《联合国国际货物多式联运公约》制定后的25年海运多式联运业务证明,国际货物多式联运普遍实施的不是公约规定的统一责任制,而是制定公约当时实施的网状责任制;公约迄未生效,估计也不会生效。UNCTAD已做了关于修订公约的调查,可能会启动修订公约的程序。之所以出现上述现象的原因是公约设计的多式联运经营人的统一责任制脱离了海运实践,超越了不同运输方式承运人的责任制现状及可预期的发展阶段。随着国际海运集装箱运输革命的发展,海运承运人的责任期间已从“船舷到船舷”发展为“码头到码头”或“港口到港口”,又进而发展到“门到门”运输即多式联运。法律滞后于运输生产的发展,不同运输方式的承运人责任制度各不相同,在“门到门”运输或者多式联运中实施统一责任制缺乏实践基础。海上货物班轮运输的承运人不可能同时是陆路、航空的承运人。由于集装箱运输发展的要求,他们成为多式联运经营人,成为多式联运的组织者,特别是在发展中国家,由于资金、科技和管理方面的原因,缺乏民族集装箱航运公司,国际货运代理就扮演多式联运经营人的角色。他们与货方签订多式联运或门到门全程运输合同后,就将多式联运各区段的单一运输承

运人组织到全程运输中来,与他们分别签订了各区段的运输合同。他们向货方收取全程运费,承担全程运输责任,而组织进来的各区段承运人则对多式联运经营人负责该区段的运输责任。这样的多式联运组织方式就必然走向多式联运经营人网状责任制,而不会采用多式联运公约所设置的统一责任制了。因为在网状责任制度下,多式联运经营人是按照适用责任发生区段的国际公约或国内法的规定向货方(索赔人)理赔的,之后他可以向责任发生区段的承运人按照同样的法规追偿同样的赔偿金额。如果他们实施的是统一责任制,即不论责任发生区段,均按照统一责任制度及责任限额理赔,他们就必然要承担统一责任制度及责任限额与责任发生区段的责任与责任限额的差别风险。这是多式联运经营人(货运代理)所不愿也不敢承担的。

在1980年联合国国际货物多式联运公约没有生效的情况下,国际海运业界普遍实施的是经1975年修订的由国际商会制定的《1973年多式联运单证统一规则》中的多式联运经营人的网状责任制。绝大多数国际海运班轮公司都在他们的多式联运提单中以不同方式采用这一统一规则,有的在提单条款中明确规定适用这一统一规则,有的则在条款中引用这一统一规则的内容。我国1993年7月1日起实施的《海商法》第四章第八节多式联运合同的特别规定和1999年10月1日施行的《中华人民共和国合同法》第十七章第四节多式联运合同都明确采用了网状责任制。1993年7月1日之前,中国国际海运班轮公司的多式联运提单通过提单条款引用该统一规则的网状责任制。

我在上世纪80年代,作为讲师,参与了多次亚太经社会(ESCAP)组织的货运代理与多式联运研讨会的培训班,因为是联合国机构主办的,我们必须宣讲联合国国际货物多式联运公约及其“统一责任制”,同时又必须结合海运业实际讲述“网状责任制”,巴基斯坦和印度的货运代理很现代化,他们组织多式联运担当多式联运经营人,实行的也是统一规则的网状责任制。形势比人强,谁与实践相悖,谁就碰壁。UNCTAD鉴于联合国多式联运公约生效遥遥无期的困境,与国际商会合作协商,于1991年制定了贸发会议/国际商会多式联运单证规则,悄

悄地认同了多式联运营人的网状责任制。尽管如此,仍不能替代1973年国际商会的多式联运单证统一规则。现在正在国际贸易法委员会审议的运输法草案对于海运集装箱的门到门运输也只能采用网状责任制。

上述事例说明了一个重要的国际公约为什么不能生效。但是,即使是一个生效的国际公约,成为国际法,它的条款或规定仍要经受实践的检验,下面的事例是关于《汉堡规则》的第十一条联运条款。

1992年生效的《汉堡规则》(1978年联合国海上货物运输公约)无疑是一项比较完整的国际海上货物运输法,是旨在纠正偏袒承运人的《海牙规则》、《维斯比规则》的新的国际海运公约。但以海运实践检验,其还是有一些条款或规定会被否定。《汉堡规则》第十一条联运第一款的规定为:“尽管有第十条第一款的各项规定,如果海上运输合同明确规定,该合同所包含的某一特定部分的运输应由承运人以外的指名的人履行,则合同亦可规定,就这一特定部分运输而言,承运人对由于货物在实际承运人掌管之下发生的事故所引起的灭失、损坏或延迟交付,不负赔偿责任。但是,如果不能在按照第二十一条第一款或第二款规定有管辖权的法院对该实际承运人提起诉讼,则任何限制或免除这种责任的条款,均属无效。关于货物的灭失、损坏或延迟交付系由上述事故所引起的举证责任,由承运人承担。”

上一世纪70年代,集装箱运输革命已在发达国家之间蓬勃开展,《汉堡规则》适时引入了“实际承运人”的概念,将当时英、美、法租船业务中出租人与承租人的“共同承运人”(co-carrier)理念改变为实际承运人与承运人的法律关系。《汉堡规则》在第十条第一款中明确规定:“如已将运输或部分运输委托实际承运人履行,承运人仍应按照本公约规定对全部运输负责。就实际承运人履行的运输而言,承运人应对实际承运人及其在受雇的范围内行事的受雇人和代理人的作为或不作为负责。”

上述第十条第一款的规定与当时海运业务实践中的习惯是不适应的。当时国际海上班轮公会所控制、普遍推行承运人的海上转运自由。

以当时颇具影响力的(BIMCO)1951年CONLINE提单为例,该提单条款第六条标题为“替代船舶、转运和货运代理”,其规定,承运人可以将货物转运、卸货或储存在岸上或水面上,费用由承运人负担,风险由货方承担。在承运人约定将货物运交最终到达地不是卸货港时,承运人仅作为货运代理行事,承运人的责任仅限于以其经营的船舶所履行的那部分运输,尽管承运人收取了全程运费,对在任何其他运输部分所产生的损失的索赔,承运人不予确认。

为了发展海上联运,实施公约对承运人与实际承运人相互法律关系的规定,同时保留长期采用的承运人享有的海上转运自由,《汉堡规则》设置了上述第十一条联运第一款的规定,作为第十条第一款的例外或但书。最近查阅制定《汉堡规则》外交会议的正式会议记录,在制定第十一条第一款过程中曾开展了剧烈的辩论,对第十一条第一款作为第十条第一款的例外提出了若干条件:第一,运输合同中必须指明接运人(承运人以外的承担特定运输部分的海运公司)的名称;第二,索赔人能够在公约规定的有管辖权的法院起诉;第三,承运人应当对货物的灭失、损坏或延迟交付系由该实际承运人掌管之下发生的事故承担举证责任。这些条件,特别是指名的实际承运人,虽多次反复提出难以操作,仍被列入公约。

在海上联运或转运合同上订明指名(named)的第二程航运公司确是难以操作的,而且不符合快速转运的客观要求。任何国际海运班轮公司经营的班轮航线不可能覆盖全球港口,只能经营其中的一小部分,其他部分只好通过海上联运或转运来完成。例如,上海有一批集装箱货运往巴西里约热内卢,经营东南亚航线的某国际海运班轮公司接受了这批货载,向托运人签发了海上转运或联运提单,收取了全程运费,一般只在单证上订明在香港转船,而不订明由哪一家航运公司接运,以便负责全程运输的集装箱班轮公司能及时在货物到转运港香港后交由开往里约热内卢港的国际集装箱班轮接运。如果在签订全程货运合同或签发单证时即指明由某航运公司接运,届时,即第一程船舶抵达香港时,指名航运公司的船舶不到港或因故延期到港,就会出现延误转运、

增加中转港费用和延迟货物到达目的港等对全程运输负责人和收货人均属不利的情况。因此,在海运业务实践上一般都不会在签订货运合同时订明指名的接运人或接运船舶。

进入上一世纪 80 年代后,随着集装箱运输革命的深入发展,国际海运班轮不但在发达国家之间,而且在发达国家与发展中国家、发展中国家之间,也均由集装箱主宰,同时,班轮公会对海运业务的控制地位也日渐式微,而整个国际运输班轮业务也逐渐演变为货主市场。现在货方已无需担心承运人不签发海上联运提单,而海运班轮提单多为全部海运、海上联运和多式联运提单,承运人或多式联运经营人收取全程运费,并对全程运输负责。班轮提单条款中,承运人只负责其所属船舶履行的运输区段的规定也不见了,反而强调承运人或联运经营人为其分包人(实际承运人)的行为负责,而不让索赔人直接向分包人索赔。

通过《汉堡规则》第十一条联运第一款制定以来的海运业务实践的检验,当年为了照顾承运人转运自由权利的习惯而设置的这一对第十条第一款规定的例外或但书,既未在运输合同中体现,也未在运输单证中出现指名的接运人。可以认为,这一经过外交大会剧烈辩论而制定的公约条款已悄悄地被视为过时之作了。现代集装箱船舶的巨型化,集装箱运输干线与支线的密切结合,海上联运,特别是门到门运输和多式联运的发展,提高了海上运输作为经济贸易服务的贸易的要求和服务标准。这一条款的被遗忘,也进一步说明了海事立法对实践和预期实践的依赖性。

令人不解的是 UNCITRAL 正在审议的海上货物运输法草案中,经过七届工作组会议,仍保留第十二条运输合同范围外的运输,全文如下:“(1) 当事各方可在运输合同中明确约定,货物运输的某一部分或几个部分,由承运人作为代理人安排另一承运人或几个承运人运输。(2) 在此种情况下,承运人应以应有的谨慎选择其他承运人按习惯和通常的条款与其他承运人订立合同,并采取一切合理措施使其他承运人得以适当地履行合同。”

这一“运输合同范围外的运输”或者更加明确的“运输和转运的混